

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Communications électroniques

Coppieters 't Wallant, Quentin; Jost, Julien; Queck, Robert

*Published in:*

Revue du Droit des Technologies de l'information

*Publication date:*

2009

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Coppieters 't Wallant, Q, Jost, J & Queck, R 2009, 'Communications électroniques', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 35, p. 141-161.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## VI. COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Quentin COPPIETERS <sup>768</sup> T WALLANT <sup>768</sup>

Julien JOST <sup>769</sup>

Robert QUECK <sup>770</sup>

### A. Jurisprudence européenne

#### 1. Champ de la chronique

231. Au niveau européen, un nouveau cadre réglementaire pour les réseaux et services de communications électroniques a été adopté en 2002 pour entrer en application au niveau des États membres à partir du 25 juillet 2003. Ce cadre est composé principalement des directives «cadre», «autorisation», «accès», «service universel» et «concurrence»<sup>771</sup>. Il est complété notamment par le règlement «dégroupage de la boucle locale»<sup>772</sup> qui régit l'accès de concurrents à la boucle locale de l'opérateur historique, c'est-à-dire au dernier kilomètre de réseau jusqu'à l'abonné.

La présente chronique se limite à une sélection de décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et du tribunal de première instance relatives à ce cadre réglementaire «2002». Les arrêts et ordonnances toujours prononcés durant la période couverte par la chronique mais concernant les directives abrogées par le cadre réglementaire «2002» ne sont pas pris en compte.

Il convient également de noter qu'à côté du cadre réglementaire européen pour les réseaux et services de communications électroniques, les équipements terminaux (tels que par exemple les appareils téléphoniques) font l'objet d'un régime spécifique. Il est d'une part composé de la

<sup>768</sup> Assistant aux FUNDP et avocat au barreau de Bruxelles.

<sup>769</sup> Chercheur au CRID et avocat au barreau de Liège.

<sup>770</sup> Directeur adjoint du CRID et maître de conférences aux FUNDP.

<sup>771</sup> Les dénominations complètes sont : directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre»), *J.O.C.E.*, L 108/33, 24 avril 2002 ; directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive «autorisation»), *J.O.C.E.*, 24 avril 2002, L 108/21 ; directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès»), *J.O.C.E.*, L 108/7, 24 avril 2002 ; directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»), *J.O.C.E.*, L 108/51, 24 avril 2002 ; directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, L 249/21, 17 septembre 2002.

Ce cadre est complété notamment par la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.C.E.*, L 201/37, 31 juillet 2002 qui est abordée dans le chapitre «Libertés» de la présente chronique.

<sup>772</sup> Règlement (CE) n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000, relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, *J.O.C.E.*, L 336/4, 30 décembre 2000, ci-après appelé «règlement "dégroupage de la boucle locale"».

récente directive «terminaux»<sup>773</sup> qui confirme la libéralisation des terminaux acquise depuis les années '90. D'autre part il est constitué de la directive «équipements hertziens et les équipements terminaux des télécommunications – R&TTE»<sup>774</sup> qui organise notamment la mise sur le marché, la libre circulation et la mise en service dans la Communauté des équipements concernés<sup>775</sup>.

## **2. Pouvoir des autorités réglementaires nationales (A.R.N.)**

232. Dans l'affaire C-55/06<sup>776</sup>, la société Arcor (anciennement Mannesman Arcor) se plaignait du niveau selon elle trop élevé des tarifs des produits dégroupés<sup>777</sup> offerts par Deutsche Telekom. Ces tarifs sont proposés par le fournisseur, Deutsche Telekom, mais en fin de compte fixés par l'autorité réglementaire nationale («A.R.N.»), en l'occurrence la Bundesnetzagentur. L'étendue des pouvoirs de l'A.R.N., c'est-à-dire de l'autorité chargée dans les différents États membres de l'application du cadre réglementaire national mettant en œuvre le cadre réglementaire européen, a dès lors fait l'objet de discussions dans le contexte du règlement «dégroupage de la boucle locale».

Premièrement, selon la Cour, lors de l'examen des tarifs des fournisseurs au regard du principe d'orientation des tarifs sur les coûts, les A.R.N. disposent d'un pouvoir étendu couvrant l'appréciation des différents aspects de ces tarifs, et ce jusqu'à modifier les prix, donc les tarifs proposés. Ce pouvoir étendu se rapporte également aux coûts supportés par les opérateurs notifiés, tels que les intérêts liés au capital investi et les amortissements des actifs immobilisés, la base de calcul de ceux-ci ainsi que les modèles de justification comptable desdits coûts.

Ensuite, l'A.R.N. peut demander au fournisseur de lui fournir des informations pertinentes sur les documents justifiant les coûts pris en compte. Il incombe au fournisseur d'apporter la preuve que ses tarifs respectent le principe d'orientation des tarifs en fonction des coûts. Il appartient aux seules A.R.N., selon le droit applicable, d'examiner si, pour les besoins de la comptabilisation des coûts, les documents produits sont les plus appropriés. D'ailleurs, à défaut de documents comptables complets et compréhensibles, les A.R.N. peuvent déterminer les coûts en se fondant sur un modèle des coûts ascendant (c'est-à-dire prenant en compte la valeur actuelle des investissements pour construire un nouveau réseau) ou descendant (c'est-à-dire fondé sur les coûts réellement engagés).

Enfin, il revient aux A.R.N. d'éventuellement imposer une obligation de négociation d'accès au-delà de celle prévue en matière d'interconnexion par la directive «accès» (article 4, § 1<sup>er</sup>). En effet, l'obligation de négociation qui incombe à l'ensemble des opérateurs de réseaux publics de télécommunications en cas de demande d'autres entreprises porte sur l'interconnexion unique-

<sup>773</sup> Directive 2008/63/CE de la Commission du 20 juin 2008 relative à la concurrence dans les marchés des équipements terminaux de télécommunications, *J.O.U.E.*, L 162/20, 21 juin 2008.

<sup>774</sup> Directive 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux des télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité, *J.O.C.E.*, L 91/10, 7 avril 1999.

<sup>775</sup> Nous mentionnerons à cet égard deux arrêts de la Cour de justice.

<sup>776</sup> C.J.C.E., 24 avril 2008, *Arcor*, C-55/06, *Rec.*, 2008, p. I-2931.

<sup>777</sup> Arcor prend en effet en location une partie du réseau d'accès aux utilisateurs finaux, propriété de Deutsche Telekom.

ment<sup>778</sup>. Cette obligation ne concerne pas d'autres formes d'accès<sup>779</sup> aux réseaux. L'obligation de négocier d'autres formes d'accès ne peut donc être imposée qu'à la suite d'une analyse de marché qui la justifie. Une telle obligation ne peut pas être imposée d'office par la loi<sup>780</sup>.

233. Le cadre réglementaire européen des communications électroniques vise trois objectifs : la promotion de la concurrence, le développement du marché intérieur et la promotion des intérêts des citoyens européens<sup>781</sup>. Les A.R.N. doivent justifier leurs décisions par rapport à ces objectifs. Dans ce contexte, le tribunal de première instance des Communautés européennes a indiqué, concernant les objectifs poursuivis par les A.R.N., qu'elles agissaient « conformément au droit national, lequel peut avoir des objectifs qui, s'inscrivant dans les politiques de télécommunications, diffèrent de ceux de la politique communautaire de concurrence »<sup>782</sup>. Ceci explique notamment le fait que les tarifs d'un opérateur aient dû être approuvés par une A.R.N. n'élimine pas nécessairement sa responsabilité au titre de l'article 82 CE<sup>783</sup>.

### 3. Qualité de « partie » et recours contre des décisions des A.R.N.

234. Dans l'affaire C-426/05<sup>784</sup>, la société Tele2 souhaitait obtenir la qualité de « partie » et ainsi avoir accès au dossier d'analyse de marché traité par l'A.R.N. autrichienne, la Telekom-Control-Kommission. L'A.R.N. a refusé cette qualité à Tele2 au motif qu'elle n'est pas visée par les obligations imposées à la suite des analyses de marché. Cela a soulevé la question de savoir si en vertu du droit européen, un bénéficiaire – tel que Tele2 – d'obligations imposées à un opérateur puissant, est une partie « affectée » ou « concernée » au sens des articles 4<sup>785</sup> et 16<sup>786</sup> de la directive « cadre ».

Pour la Cour, ces concepts visent non seulement l'entreprise destinataire d'obligations imposées par l'A.R.N., mais également les utilisateurs et les entreprises concurrentes d'une telle entreprise qui ne sont pas eux-mêmes destinataires de cette décision, mais qui sont « défavorablement

<sup>778</sup> L'interconnexion est la liaison physique et logique des réseaux de communications publics afin de permettre aux utilisateurs d'une entreprise de communiquer avec les utilisateurs de la même entreprise ou d'une autre, ou bien d'accéder aux services fournis par une autre entreprise. Il s'agit d'un type particulier d'accès. L'accès se définit à son tour comme toute mise à disposition d'une autre entreprise, dans des conditions bien définies et de manière exclusive ou non exclusive, de ressources et/ou services en vue de la fourniture de services de communications électroniques. Voy. l'article 2 de la directive « accès ».

<sup>779</sup> Cela couvre notamment l'accès à l'infrastructure physique. Voy. la note précédente.

<sup>780</sup> C.J.C.E., 13 novembre 2008, *Commission c. Pologne*, C-227/07, non encore publié au *Rec.*, points 36-44.

<sup>781</sup> Voy. article 8 de la directive « cadre ».

<sup>782</sup> T.P.I., 10 avril 2008, *Deutsche Telekom c. Commission*, T-271/03, point 113. Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice (voy. affaire C-280/08 P). Le tribunal renvoie à cet égard à la communication de la Commission du 22 août 1998 relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications – Cadre général, marchés en cause et principes, *J.O.C.E.*, C-265/2, point 13.

<sup>783</sup> T.P.I., 10 avril 2008, précité, points 105, 107, 122, 135 et 311 à 313.

<sup>784</sup> C.J.C.E., 21 février 2008, *Tele2 Telecommunication*, C-426/05, *Rec.*, 2008, p. I-685.

<sup>785</sup> L'article 4 prévoit que tout utilisateur ou toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services communications électroniques, et qui est affecté(e) par une décision prise par une autorité réglementaire nationale, doit pouvoir introduire un recours contre cette décision auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées.

<sup>786</sup> L'article 16, § 3 prévoit que si, après analyse, un marché pertinent s'avère être effectivement concurrentiel, l'A.R.N. n'impose ni ne maintient des obligations réglementaires antérieurement concernées. Les parties concernées par cette suppression d'obligations en sont averties dans un délai approprié.

affectés dans leurs droits » par celle-ci<sup>787</sup>. La solution est semblable lorsqu'il s'agit de recours contre une décision d'une A.R.N. relative aux tarifs de produits dégroupés dans le cadre du règlement sur le « dégroupage de la boucle locale »<sup>788</sup>.

235. En matière de charge de la preuve, lorsque l'A.R.N. surveille les tarifs des produits dégroupés, il incombe au fournisseur de prouver que ses tarifs respectent le principe d'orientation des tarifs en fonction des coûts. En revanche, dans le cadre d'une contestation, la charge de la preuve reposera de la manière et sur la/les personne(s) désignée(s) par le droit national dans le cadre de son autonomie procédurale<sup>789</sup>.

236. L'organisme désigné pour connaître des recours contre les décisions des A.R.N. doit disposer de l'ensemble des informations nécessaires pour examiner le bien-fondé d'un recours, y compris, le cas échéant, les informations confidentielles prises en considération pour adopter la décision litigieuse. Cet organisme doit garantir le traitement confidentiel des données en cause tout en respectant les exigences d'une protection juridique effective et en assurant le respect des droits de la défense des parties au litige<sup>790</sup>.

237. Enfin, dans le cadre de l'affaire C-55/06<sup>791</sup>, la Cour a également pu rappeler spécifiquement que, même si les recommandations ne visent pas à produire d'effets contraignants<sup>792</sup>, les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsqu'elles éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre ou lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant.

#### **4. Effets des observations émises par la Commission européenne dans le cadre de la procédure de consolidation du marché intérieur (procédure « article 7 »)**

238. Quand les A.R.N. procèdent à des analyses de marchés<sup>793</sup> en vue d'imposer ou de modifier des obligations mises à la charge des entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché en vue du développement d'une concurrence effective<sup>794</sup> (comme par exemple octroyer l'accès à des ressources de réseau, appliquer des prix orientés en fonction des coûts,...), ils doivent notifier leurs projets de mesures pour commentaires à la Commission européenne et aux A.R.N. des autres États membres. Dans le cadre de cette procédure dite « article 7 », la Commission européenne émet presque systématiquement des observations à l'égard des projets de décisions des A.R.N. Le statut juridique d'une telle « lettre d'observations » (adoptée sur la base de l'article 7, § 3, de la directive « cadre ») et la possibilité de l'invoquer (notamment devant les cours et tribu-

<sup>787</sup> Voy. *infra* concernant l'intérêt à agir devant la cour d'appel de Bruxelles d'un non-destinataire d'une décision de l'I.B.P.T.

<sup>788</sup> C.J.C.E., 24 avril 2008, *Arcor*, C-55/06, *Rec.*, 2008, p. I-2931, point 178.

<sup>789</sup> *Ibid.*, point 192.

<sup>790</sup> C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Mobistar*, C-438/04, *Rec.*, 2006, p. I-6675, point 43.

<sup>791</sup> C.J.C.E., 24 avril 2008, précité, point 41.

<sup>792</sup> Voy. également à cet égard *infra*, paragraphe 243.

<sup>793</sup> Articles 14, 15, 16 de la directive « cadre »; 6 et 8 de la directive « accès »; 17 de la directive « service universel ». Dans certaines circonstances cette procédure couvre aussi des obligations imposées à des entreprises non puissantes, par exemple pour assurer la connectivité de bout en bout, c'est-à-dire la possibilité de tout utilisateur final de parler à tout autre (article 5 de la directive « accès »).

<sup>794</sup> Voir de retirer ces obligations si la concurrence est devenue effective depuis la dernière analyse.

naux nationaux) ont immanquablement été soulevés. Dans ce contexte, le tribunal de première instance relève qu'un tel acte n'a pas pour nature de produire des effets juridiques obligatoires. Il ne s'agit donc pas d'un acte susceptible de recours au sens de l'article 230 CE<sup>795</sup>.

Même si conformément à l'article 7, § 5, de la directive «cadre», l'A.R.N. doit tenir «le plus grand compte des observations formulées par les autres A.R.N. et par la Commission», elle dispose d'une marge de manœuvre pour déterminer le contenu de la mesure finale de sorte que la lettre d'observations ne produit pas directement des effets sur la situation juridique d'entreprises concernées. Une fois que la Commission a rendu ses observations, il revient à la seule A.R.N. concernée d'adopter (ou non) le projet mesure et d'en déterminer le contenu. L'A.R.N. pourrait également préférer suivre les observations divergentes émises par une autre A.R.N., plutôt que de suivre celles de la Commission<sup>796</sup>.

Par contre, dès lors que le renvoi préjudiciel de l'article 234 CE peut porter également sur des actes communautaires non contraignants, la juridiction nationale concernée pourrait par renvoi préjudiciel vérifier si ladite lettre d'observations repose sur une interprétation correcte du droit communautaire<sup>797</sup>.

D'autre part, il se peut qu'au lieu de se limiter à des «observations» non contraignantes sur la base de l'article 7, § 3, la Commission aille jusqu'à opposer son veto au projet de décision de l'A.R.N. (article 7, § 4)<sup>798</sup>. Dans ce cas il s'agit bien d'un acte communautaire ayant des effets juridiques obligatoires et susceptible de recours. Le non-exercice du droit de veto est assimilable à une non-adoption de décision. Celle-ci n'est pas assimilable à une décision implicite d'autorisation du projet de l'A.R.N. par la Commission<sup>799</sup>.

## 5. Désignation du prestataire du service universel

239. La directive «service universel» prévoit que les États membres peuvent (et si nécessaire doivent) désigner une ou plusieurs entreprise(s)<sup>800</sup> afin de garantir la fourniture du service universel<sup>801</sup> sur l'ensemble du territoire national. Dans l'affaire C-220/07 qui opposait la Commis-

<sup>795</sup> T.P.I. (ordonnance), 12 décembre 2007, *Vodafone*, T-109/06, *Rec.*, 2007, p. II-5151, point 150 et T.P.I.C.E. (ordonnance), 22 février 2008, *Base*, T-295/06, *Rec.*, 2008, p. II-28, point 109.

<sup>796</sup> T.P.I. (ordonnance), 12 décembre 2007, *Vodafone*, T-109/06, *Rec.*, 2007, p. II-5151, points 160-161 et 93 et T.P.I. (ordonnance), 22 février 2008, *Base*, T-295/06, *Rec.*, 2008, p. II-28, points 121-122 et 63.

<sup>797</sup> T.P.I. (ordonnance), 12 décembre 2007, *Vodafone*, T-109/06, *Rec.*, 2007, p. II-5151, point 102 et T.P.I.C.E. (ordonnance), 22 février 2008, *Base*, T-295/06, *Rec.*, 2008, p. II-28, point 72.

<sup>798</sup> T.P.I. (ordonnance), 12 décembre 2007, *Vodafone*, T-109/06, *Rec.*, 2007, p. II-5151, point 103 et T.P.I.C.E. (ordonnance), 22 février 2008, *Base*, T-295/06, *Rec.*, 2008, p. II-28, point 73. Notons dans ce contexte qu'une procédure d'analyse de marché comporte trois étapes : 1° définition des marchés pertinents, 2° analyse des marchés et désignation des entreprises puissantes, 3° imposition d'obligations aux entreprises disposant d'une puissance significative sur un marché. Ces trois étapes sont soumises à la procédure de commentaires de l'article 7, § 3. Néanmoins, la Commission dispose uniquement d'un droit de veto dans le cadre des deux premières étapes (et donc pas sur les obligations imposées).

<sup>799</sup> T.P.I. (ordonnance), 12 décembre 2007, *Vodafone*, T-109/06, *Rec.*, 2007, p. II-5151, points 101-103, 105, 107 et 149 et T.P.I. (ordonnance), 22 février 2008, *Base*, T-295/06, *Rec.*, 2008, p. II-28, points 71-73, 75 et 78.

<sup>800</sup> Article 8 de la directive «service universel».

<sup>801</sup> En l'occurrence : l'accès au réseau et service téléphonique public fixe, la mise à disposition de postes téléphoniques payants publics, la mise à disposition d'un annuaire complet et l'accessibilité d'un service de renseignements et des mesures pour rendre les services téléphoniques et de renseignement ainsi que les annuaires accessibles de façon équivalente aux utilisateurs finals handicapés (articles 4 à 7 de la directive «service universel»).

sion européenne à la France, la Cour a jugé que le mécanisme de désignation des entreprises chargées de fournir le service universel ne peut exclure *a priori* aucune d'entre elles<sup>802</sup>.

Or, le Code français des postes et des communications électroniques prévoyait que peut (seulement) être chargé de fournir les composantes du service universel, tout opérateur qui en accepte la fourniture sur l'ensemble du territoire national et qui est capable de l'assurer. Cette disposition excluait ainsi de toute procédure de désignation les entreprises qui ne sont pas prêtes ou ne sont pas capables d'opérer sur l'ensemble du territoire national. Selon la Cour, ce mécanisme de désignation ne respecte pas les principes et obligations que l'article 8, § 2, de la directive « service universel » prévoit par rapport au mécanisme de désignation. Ainsi, le principe de non-discrimination n'est pas respecté. En outre, le mécanisme ne garantit pas que la fourniture du service universel répond aux critères de rentabilité et d'efficacité et s'avère susceptible de créer une distorsion de la concurrence sur le marché des télécommunications. En effet, il impose une condition légale préalable qui prédétermine le résultat de la procédure de désignation. Une telle condition fait obstacle à une concurrence réelle et effective sur ce marché et ne permet pas d'assurer la fourniture du service universel de façon rentable et efficace, les autorités réglementaires nationales étant nécessairement obligées de désigner, parmi les entreprises susceptibles de fournir ce service, celles qui sont capables de l'assurer sur l'ensemble du territoire national<sup>803</sup>.

Enfin, la Cour a estimé que le mécanisme de désignation prévu par le Code français est de nature à porter atteinte aux objectifs de rentabilité et d'efficacité devant être observés lors du calcul du coût net du service universel<sup>804</sup> et du financement des obligations dudit service<sup>805</sup>. En effet, cette disposition empêche les autorités réglementaires nationales d'évaluer la situation concurrentielle réelle du marché des télécommunications et de prendre en considération des alternatives qui pourraient être plus rentables sur une partie du territoire national<sup>806</sup>.

## 6. Libre prestation des services et must carry (« obligations de diffuser »)

240. Dans le renvoi préjudiciel C-250/06<sup>807</sup>, qui se fondait sur le Traité CE en général (et en particulier sur l'article 49 relatif à la libre prestation des services) et non pas sur le cadre réglementaire « 2002 » des communications électroniques, des câblodistributeurs bruxellois contestaient devant le Conseil d'État l'obligation de diffuser qui leur est imposée. Ils invoquaient notamment une violation de la libre prestation des services en ce qu'une obligation de diffuser certaines chaînes

<sup>802</sup> C.J.C.E., 19 juin 2008, *Commission c. France*, C-220/07, *Rec.*, 2008, p. I-95, point 31.

<sup>803</sup> *Ibid.*, points 31 à 33.

<sup>804</sup> Notons à cet égard que la Cour constitutionnelle a, lors d'un récent arrêt du 1<sup>er</sup> septembre 2008 (n° 131/2008), posé une question préjudicielle à la Cour de justice concernant en particulier l'article 12 de la directive « service universel », visant à savoir si cet article peut « être interprété en ce sens qu'il permet au législateur compétent d'un État membre, agissant en qualité d'autorité réglementaire nationale, de constater, de manière générale et sur la base du calcul des coûts nets du prestataire du service universel, qui était auparavant le seul prestataire, que la fourniture du service universel peut représenter une charge injustifiée pour les entreprises désignées comme fournisseurs de service universel » (avis au J.O.U.E., C 285/27, 8 novembre 2008 dans une affaire C-389/08).

<sup>805</sup> Voy. les articles 12 et 13 ainsi que l'annexe IV de la directive « service universel ».

<sup>806</sup> C.J.C.E., 19 juin 2008, précité, points 45 et 46.

<sup>807</sup> C.J.C.E., 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium c. l'État belge*, C-250/06, *Rec.*, 2007, p. I-11135, points 46, 47 et 51. Voy. aussi C.J.C.E., 22 décembre 2008, *Kabel Deutschland c. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, C-336/07, non encore publié au *Rec.*, point 42.

favorisait ces dernières (principalement des chaînes locales) par rapport à d'autres chaînes (en particulier étrangères) qui ne bénéficient pas de l'obligation de diffuser.

La Cour a estimé que le principe de libre prestation des services ne s'oppose pas à une telle réglementation d'un État membre, lorsque cette réglementation poursuit un but d'intérêt général, tel que le maintien, au titre de la politique culturelle de ce même État membre, du caractère pluraliste de l'offre des programmes de télévision dans ce territoire, et qu'elle n'est pas disproportionnée par rapport à cet objectif. Cette absence de disproportion implique que les modalités d'application doivent relever d'une procédure « transparente » fondée sur des « critères objectifs », non discriminatoires et connus à l'avance.

La transparence consiste selon la Cour à veiller à ce que tout organisme de radiodiffusion soit en mesure de déterminer préalablement la nature et la portée des conditions précises à remplir ainsi que des obligations de service public auxquelles il est tenu, le cas échéant, de souscrire pour l'octroi de ce statut. La simple énonciation, dans l'exposé des motifs de la réglementation nationale, de déclarations de principe ainsi que d'objectifs de politique générale n'est pas suffisante.

Enfin, les critères objectifs doivent être propres à garantir le pluralisme en permettant, le cas échéant, par la voie d'obligations de service public, l'accès, notamment, aux informations nationales et locales sur le territoire concerné. Ainsi, un statut *must carry* ne saurait être automatiquement accordé à toutes les chaînes de télévision diffusées par un même organisme privé de radiodiffusion, mais il doit être strictement limité à celles dont le contenu global des programmes est apte à réaliser un tel objectif de pluralisme. En outre, le nombre de canaux réservés aux organismes privés de radiodiffusion relevant dudit statut ne doit pas manifestement excéder ce qui est nécessaire pour réaliser cet objectif.

241. L'affaire *Kabel Deutschland*<sup>808</sup> quant à elle concernait plus directement l'article 31 de la directive « service universel » relatif au *must carry*. Selon cet arrêt, l'article ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui impose au câblo-opérateur d'intégrer dans son réseau câblé analogique les chaînes et services de télévision qui sont déjà diffusés par voie terrestre, même lorsque cela aboutit à l'utilisation de plus de la moitié des chaînes disponibles sur ce réseau, et qui prévoit, en cas de pénurie de chaînes disponibles, un classement des candidats selon un ordre de priorité conduisant à l'utilisation de la totalité des chaînes disponibles dudit réseau. Il faut cependant que ces obligations n'engendrent pas de conséquences économiques déraisonnables. L'article n'instaure pas un droit pour les opérateurs de choisir les chaînes à diffuser, mais limite ce droit pour autant que celui-ci existe en vertu du droit national applicable.

De plus, la directive « service universel » ne délimite pas le type de contenu des services de télévision qui peut bénéficier du *must carry*. Par conséquent, les services de télé-médias, tels que le télé-achat, sont des services de télévision au sens de l'article 31, § 1<sup>er</sup>. Cela ne préjuge pas de la question de savoir si les conditions d'application du *must carry* à ces services de contenus sont ou non remplies.

<sup>808</sup> *Id.*, points 56 et 69.



## 7. Numéro d'urgence unique « 112 »

242. Les États membres doivent veiller à ce que tous les utilisateurs finals des services téléphoniques accessibles au public puissent appeler gratuitement les services d'urgence en formant le « 112 », numéro d'appel d'urgence unique européen (article 26, § 1<sup>er</sup>, de la directive « service universel »). Ils doivent en outre veiller à ce que les entreprises qui exploitent des réseaux téléphoniques publics mettent, dans la mesure où cela est techniquement faisable, les informations relatives à la localisation de l'appelant à la disposition des autorités intervenant en cas d'urgence, pour tous les appels destinés au numéro d'appel d'urgence unique européen « 112 » (article 26, § 3, de la directive « service universel »).

La Cour de justice a récemment apporté certaines clarifications quant à la portée de cette obligation de localisation de l'appelant, dans le cadre de recours en manquement initiés par la Commission et qui se soldèrent respectivement par la condamnation de la Slovaquie<sup>809</sup>, des Pays-Bas<sup>810</sup> et de la Lituanie<sup>811</sup>. La Cour estime qu'il découle du libellé ainsi que de l'objectif de cette disposition qu'il s'agit pour les États membres, sous la condition de faisabilité technique, d'une *obligation de résultat* claire et précise, laquelle ne se limite pas à la mise en place d'un cadre réglementaire approprié, mais « exige que les informations sur la localisation de tous les appelants au numéro '112' soient effectivement transmises aux services d'urgence »<sup>812</sup>.

Elle ajouta que la non-transmission des informations sur la localisation des appels provenant de réseaux mobiles « résultait non des caractéristiques techniques de ces réseaux, lesquelles empêcheraient objectivement la transmission desdites informations, mais bien de l'absence des investissements requis pour acquérir ou adapter les installations permettant cette transmission ». Or « la non-acquisition ou la non-adaptation des installations nécessaires ne saurait être considérée comme un défaut de faisabilité technique ». De même, les difficultés techniques rencontrées dans certains États membres ou encore la quête d'une plus grande rentabilisation ne peuvent justifier selon la Cour l'inobservance des obligations et délais prescrits par la directive « service universel »<sup>813</sup>.

243. Si la directive « service universel » ne contient aucune indication quant à la méthode devant être employée pour assurer la localisation de l'appelant au numéro « 112 », la Commission a néanmoins adopté une recommandation privilégiant la méthode dite *push*, jugée plus efficace<sup>814</sup>. La Cour rappelle à cet égard qu'une telle recommandation est dépourvue d'effet contraignant<sup>815</sup> (même si nous savons qu'elle n'est pas dépourvue de tout effet juridique<sup>816</sup>). Ceci résulte en effet non seulement de l'article 249 CE, selon lequel les recommandations ne lient pas, mais également

<sup>809</sup> C.J.C.E., 25 juillet 2008, *Commission c. République slovaque*, C-493/07, non encore publié au Rec.

<sup>810</sup> C.J.C.E., 9 octobre 2008, *Commission c. Royaume des Pays-Bas*, C-230/07, non encore publié au Rec.

<sup>811</sup> C.J.C.E., 11 septembre 2008, *Commission c. République de Lituanie*, C-274/07, non encore publié au Rec.

<sup>812</sup> Voy. C.J.C.E., 11 septembre 2008, précité, points 40 et 51.

<sup>813</sup> Voy. C.J.C.E., 9 octobre 2008, précité, points 16 et 17. La Cour s'appuie à cet égard sur une jurisprudence constante.

<sup>814</sup> Recommandation (CE) n° 2003/558 de la Commission concernant le traitement des informations relatives à la localisation de l'appelant dans les réseaux de communications électroniques en vue de prestation de services d'urgence à la localisation, *J.O.U.E. L* 189, 29 juillet 2003, pp. 49-51.

<sup>815</sup> Voy. C.J.C.E., 11 septembre 2008, *op. cit.*, points 49 et 50. Voy. également à cet égard *supra*, paragraphe 237.

<sup>816</sup> Voy. en effet notamment C.J.C.E., 13 décembre 1989, *Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*, C-322/88, Rec., p. 4407.

de l'article 19 de la directive « cadre », sur base duquel cette recommandation a été adoptée. Cette dernière disposition prévoit que les A.R.N. doivent tenir le plus grand compte de ces recommandations dans l'exercice de leurs tâches mais peuvent choisir de ne pas les suivre, à charge toutefois pour elles d'en informer la Commission et de lui communiquer sa motivation sur cette position.

## 8. *Terminaux*

244. La Cour de justice a jugé que les dispositions des articles 6, § 1<sup>er</sup>, seconde phrase, 7, § 1<sup>er</sup>, et 8, § 1<sup>er</sup>, de la directive « R&TTE »<sup>817</sup>, concernant respectivement la mise sur le marché, la mise en service et la libre circulation des appareils terminaux, sont directement applicables et attribuent aux justiciables des droits qui peuvent être invoqués devant les juridictions nationales bien que la directive elle-même n'ait pas été formellement transposée en droit interne à l'expiration du délai prévu à cette fin. L'article 7, § 2 ne permet donc pas le maintien de règles ou de pratiques du droit national qui, après le 8 avril 2000, interdisent la commercialisation ou la mise en service d'équipements hertziens en l'absence d'apposition d'une marque d'homologation nationale, s'il a été établi ou s'il est facilement vérifiable que le spectre des fréquences hertziennes autorisé par le droit national a été correctement et efficacement utilisé<sup>818</sup>.

Conformément au principe de la protection juridictionnelle effective des droits que l'ordre juridique communautaire confère aux justiciables, un importateur d'appareils terminaux doit avoir une certaine possibilité de faire valoir, dans le cadre d'un recours juridictionnel intenté contre l'administration publique, l'illégalité, pour violation du droit communautaire, de l'amende qui lui a été infligée en raison du fait que les appareils vendus ne portaient pas la marque d'homologation prévue<sup>819</sup>.

## B. Belgique

### 1. *Répartition des compétences dans le domaine des communications électroniques*

#### a. *Jurisprudence de la Cour constitutionnelle*

245. Les articles 127, § 1<sup>er</sup>, et 130, § 1<sup>er</sup>, de la Constitution consacrent la compétence des Communautés pour régler par décret, chacune pour ce qui la concerne, les « matières culturelles ». Les articles 4 de la loi spéciale de réformes institutionnelles (L.S.R.I.) du 8 août 1980 ainsi que de la loi de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone du 31 décembre 1983, mentionnent, parmi ces compétences culturelles, la « radiodiffusion et la télévision, à l'exception de l'émission de communications du Gouvernement fédéral ».

Pour rappel, depuis les arrêts 7/90 et 1/91 de la Cour d'arbitrage (aujourd'hui Cour constitutionnelle), les Communautés sont compétentes pour l'ensemble de la matière de la radiodiffusion (qui inclut la télévision), y compris donc pour régler les aspects techniques qui concernent cette forme de communications électroniques, sous réserve de l'exception prévue par le législateur spécial (les communications du gouvernement fédéral) et de la police générale des ondes.

<sup>817</sup> Citée *supra*, paragraphe 231.

<sup>818</sup> C.J.C.E., 20 juin 2002, *Radiosistemi*, C-388/00 et C-429/00, point 66.

<sup>819</sup> C.J.C.E., 11 septembre 2003, *Safalero*, C-13/01, points 54 et 56.

Quant au législateur fédéral, il reste notamment compétent pour les autres formes de communications électroniques (que la radiodiffusion) et pour « les autres aspects des services de la société de l'information, d'une part, sur la base de sa compétence résiduelle<sup>820</sup> et, d'autre part, sur la base de la compétence qui lui est réservée, notamment en ce qui concerne l'économie, dont relèvent les règles générales relatives à la protection du consommateur, à la politique des prix, au droit de la concurrence, au droit commercial et aux conditions d'accès à la profession »<sup>821</sup>.

#### 1° Quant à la notion de radiodiffusion

246. La Cour a tout d'abord eu l'occasion de préciser dans différents arrêts quelle est l'étendue de la notion de radiodiffusion, au sens de la L.S.R.I. Selon la dernière définition en date, la Cour définit les services de radiodiffusion, qui comprennent également la télévision, comme les « services offerts via [une] infrastructure [de communications électroniques], y compris pour les services qui fournissent des informations publiques destinées, du point de vue de celui qui les diffuse, à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci et qui n'ont aucun caractère confidentiel, même si leur diffusion se fait sur demande individuelle et quelle que soit la technique utilisée pour celle-ci »<sup>822</sup>.

247. Revenons sur certains éléments importants de la délimitation de cette notion de radiodiffusion :

- *Matière culturelle* – Lorsque la Cour se prononce sur la notion de radiodiffusion, elle répète systématiquement que, dans le partage de compétences entre l'État fédéral et les Communautés, la matière de la radiodiffusion est désignée comme une matière culturelle au sens de l'article 127, § 1<sup>er</sup>, de la Constitution et que « c'est cette qualification qui doit servir de base à toute interprétation »<sup>823</sup>.
- *À destination du public* – La caractéristique essentielle de la radiodiffusion est le fait que les informations transmises sont destinées, du point de vue de celui qui les diffuse, à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci. « Dans une interprétation évolutive de la notion de diffusion, cela inclut également la diffusion sur demande individuelle »<sup>824</sup>.

<sup>820</sup> Voy. article 35 de la Constitution dans sa disposition transitoire (toujours d'application).

<sup>821</sup> C. const., 22 septembre 2004, n° 155/2004, B.4.3. La Cour jugea dans cet arrêt que l'article 2, 1°, de la loi fédérale du 12 mai 2003 « concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel relatifs aux services de la société de l'information » ne portaient pas atteinte à la compétence des communautés s'il était interprété en ce sens qu'il ne porte pas sur les services de radiodiffusion sonore et télévisuelle, tels que définis par la Cour (voy. ci-dessous) (B.5).

<sup>822</sup> C. const., 13 juillet 2005, n° 128/2005, B.7.2. Dans des arrêts antérieurs, la Cour définissait la notion de radiodiffusion de manière fort semblable, se référant néanmoins toujours, dans ce cas, à la notion de « programme » de radiodiffusion (C. const., 6 novembre 2002, n° 156/2002, B.4.4, selon lequel la radiodiffusion, qui comprend la télévision, se distingue notamment des autres modes de télécommunication par le fait que la radiodiffusion concerne l'« émission de programmes radiophoniques ou télévisuels à l'aide de signaux codés ou non » ; C. const., 22 septembre 2004, précité, B.4.1).

<sup>823</sup> Voy. C. const., 6 novembre 2002, précité, B.4.3, dans lequel la Cour ajoute : « En tant que porteuses de sons et d'images, la radio et la télévision sont évidemment liées aux télécommunications, mais ce lien technique ne saurait empêcher que, dans la structure fédérale de l'État belge, elles aient été attribuées aux communautés en tant que matière culturelle » ; C. const., 24 juin 2003, n° 92/2003, B.4.2. ; C. const., 22 septembre 2004, précité, B.4.3 ; C. const., 22 septembre 2004, précité, B.4.3.

<sup>824</sup> C. const., 22 septembre 2004, précité, B.10.2.

- *Neutralité technologique* – La Cour insiste sur le fait que la compétence des Communautés en matière de radiodiffusion, notamment pour déterminer le statut des services de radiodiffusion et de télévision et pour édicter des règles en matière de programmation et de diffusion des émissions, « n'est pas liée à un mode déterminé de diffusion ou de transmission »<sup>825</sup>. Un service de radiodiffusion peut donc être transmis grâce à une technique dite *point-to-point* qui précédemment n'était pas utilisée pour la radiodiffusion<sup>826</sup>. Les activités de radiodiffusion « ne perdent en effet pas leur nature au motif que, par suite de l'évolution des techniques, une plus large possibilité de choix est offerte au téléspectateur ou à l'auditeur »<sup>827</sup>.
- *Information non individualisée et non confidentielle* – Le service de radiodiffusion porte sur des informations publiques, non individualisées et qui n'ont aucun caractère de confidentialité. En revanche, un service qui fournit de l'information individualisée et caractérisée par une forme de confidentialité ne relève pas de la radiodiffusion<sup>828</sup>.

## 2° Quant à l'obligation de coopération entre État fédéral et Communautés

248. Concernant les aspects techniques de la radiodiffusion et télévision, la Cour observe dès 2002 que « certaines techniques, telle celle qui est utilisée pour une communication d'un émetteur à un récepteur individualisé (*point-to-point*), peuvent aujourd'hui être aussi bien utilisées pour la réception des émissions de radiodiffusion traditionnelles que pour la réception d'émissions relevant des autres modes de télécommunication. Il en résulte que les programmes diffusés au moyen de ces techniques ne sortent pas nécessairement du champ des compétences communautaires et que les techniques utilisées ne relèvent pas nécessairement de cette même compétence »<sup>829</sup>.

249. La Cour constate par la suite, dans un important arrêt de principe n° 132/2004, que la convergence des secteurs de la radiodiffusion sonore et audiovisuelle, d'une part, et des télécommunications, d'autre part, conduit entre autres à une « désécialisation » des réseaux et que ces deux matières « ne peuvent plus être délimitées à l'aide de critères techniques tels que l'infrastructure sous-jacente, les réseaux et les terminaux utilisés, mais bien sur la base de critères de contenu et de critères fonctionnels »<sup>830</sup> (voy. *supra*, point 1).

Ce dernier arrêt avait pour objet un recours en annulation du gouvernement flamand portant notamment sur la loi fédérale du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belge (l'I.B.P.T.). La Cour annula l'article 14 de cette loi « en tant que sont attribuées à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications des compé-

<sup>825</sup> C. const., 6 novembre 2002, précité, B.4.2.

<sup>826</sup> *Ibid.*, B.4.4.

<sup>827</sup> C. const., 22 septembre 2004, précité, B.10.2.

<sup>828</sup> C. const., 6 novembre 2002, précité, B.4.4; C. const., 22 septembre 2004, précité, B.10.1; C. const., 13 juillet 2005, B.7.2.

<sup>829</sup> C. const., 6 novembre 2002, précité, B.4.2. Et la Cour d'ajouter dans cet arrêt que « même si, par suite du développement technique, il est question de convergence extrême entre la radiodiffusion et les autres formes de télécommunication, il reste que le législateur spécial n'a confié aux communautés, en tant que matière culturelle, que la radiodiffusion et la télévision » (B.4.4).

<sup>830</sup> C. const., 14 juillet 2004, no 132/2004, B.4.1 et B.4.3.

tences en matière de transmission électronique, qui est commune à la radiodiffusion et à la télévision, ainsi qu'aux télécommunications»<sup>831</sup>.

Le seul fait que les termes larges utilisés dans cette loi pour définir les notions de «télécommunications» et «réseaux de télécommunication» tendent à montrer qu'elle est également applicable aux réseaux et services de communications électroniques utilisés pour la transmission des signaux de radiodiffusion sonore et télévisuelle, ne permet pas de conclure que le législateur fédéral a outrepassé ses compétences<sup>832</sup>.

Ceci étant, «en tant que les compétences du régulateur portent sur l'infrastructure des communications électroniques, l'autorité fédérale n'est pas la seule autorité compétente pour régler cette matière, dès lors que les Communautés peuvent, elles aussi, légiférer en l'espèce sur la base de leurs compétences en matière de radiodiffusion et de télévision». En d'autres termes les Communautés et l'État fédéral sont devenus tous deux compétents, conjointement, concernant les mêmes infrastructures de communications électroniques.

Dans cette situation, la Cour estime que «la *convergence technologique* des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel, en particulier l'usage commun de certaines infrastructures de transmission, fait apparaître, en cas de maintien de la répartition actuelle des compétences, l'*absolue nécessité de prévoir une coopération* entre l'autorité fédérale et les Communautés pour déterminer les compétences du régulateur».

250. Du reste, les directives européennes relatives aux réseaux et services de communication électronique (voy. *supra*) disposent qu'en raison de la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, tous les réseaux et services de transmission doivent relever d'un même cadre réglementaire. Ainsi par exemple, au cas où plusieurs autorités réglementaires existent au sein d'un État membre, l'article 3, § 4, de la directive «cadre» impose aux États membres de se charger de la coopération dans les sujets d'intérêt commun<sup>833</sup>.

Un accord de coopération n'est certes pas rendu obligatoire par le législateur spécial dans l'article 92*bis* de la L.S.R.I. et son absence ne peut donc, en règle, être constitutive d'une violation des règles de compétences. En l'espèce la Cour décide toutefois que «les compétences de l'État fédéral et des Communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération». La Cour conclut en fait qu'«en réglant unilatéralement la compétence du régulateur des télécommunications, le législateur a violé le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences»<sup>834</sup>.

<sup>831</sup> *Ibid.*, dispositif. Dans un souci de prévention de toute insécurité juridique qui découlerait de l'annulation de cette disposition et pour assurer la continuité des activités de l'I.B.P.T., la Cour avait toutefois décidé de recourir à la possibilité prévue par l'article 8 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage (L.C.A.) de maintenir les effets de l'article annulé jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation prise de commun accord et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2005. La Cour recourut également à cette solution de l'annulation à rebours dans ses arrêts 128/2005 (précité) et 163/2006 (cité ci-dessous).

<sup>832</sup> *Ibid.*, B.4.4.

<sup>833</sup> *Ibid.*, B.5.1 et B.5.2.

<sup>834</sup> C. const., 22 septembre 2004, précité, B.6.2. Selon la jurisprudence de la Cour, l'exercice de compétences propres peut être qualifié de disproportionné s'il rend impossible ou exagérément difficile l'exercice par une autre autorité de ses compétences (voy. C. const., 24 juin 2003, n° 92/2003, B.9.2).

251. Dans l'arrêt n° 132/2004, la Cour visait, dans un premier temps, une coopération concernant la détermination par les législateurs des compétences des régulateurs. L'étendue de cette obligation de coopération a néanmoins été explicitée ultérieurement par la Cour. Elle vise plusieurs objets développés ci-dessous :

- *Infrastructures communes* – Dans un arrêt du 13 juillet 2005, la Cour étend en effet clairement cette exigence de coopération aux réglementations touchant à toute « infrastructure de transmission électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part », afin de « faire en sorte que ces autorités harmonisent leurs normes respectives et pour éviter que cette infrastructure soit soumise à des dispositions contradictoires »<sup>835</sup>. Concernant la notion d'infrastructure commune, la Cour a ensuite indiqué que, même si le législateur (en l'occurrence communautaire) limite le champ d'application de son décret aux seules infrastructures mises en œuvre dans le but de transmettre des signaux de radiodiffusion, une coopération s'impose néanmoins puisqu'il n'est pas exclu que cette infrastructure soit également utilisée pour les (autres formes de) télécommunications<sup>836</sup>.
- *Services communs* – La Cour va ensuite préciser que l'exigence de coopération porte non seulement sur la réglementation de l'infrastructure, mais également des services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision<sup>837</sup>.
- *Coopération en matière de droits de passage* – Une coopération s'impose entre Communautés et État fédéral en matière de droits de passage, en tant que ceux-ci concernent des infrastructures communes à la radiodiffusion et aux autres formes de télécommunications<sup>838</sup>.

252. Se posa toutefois la question de la répartition des compétences entre État fédéral et Régions en matière de droit de passage, pour laquelle ces deux autorités entendaient exercer leurs prérogatives, le premier sur la base de leurs compétences en matière de communications électroniques, les secondes sur pied de leurs attributions en matière de gestion des voiries terrestres et hydrauliques.

La situation suivante se présenta à la Cour<sup>839</sup>. La loi fédérale du 21 mars 1991 portant réforme des entreprises publiques économiques prévoit que l'établissement de tout réseau de télécommunications sur le domaine public est autorisé d'office et que ce droit d'utilisation doit être délivré gratuitement. Le décret flamand du 18 décembre 1992 soumet quant à lui l'usage privatif du domaine public de sa voirie à une autorisation de la Région flamande, moyennant paiement d'une rétribution, selon toute apparence donc, en contradiction avec l'autorisation d'office et

<sup>835</sup> C. const., 13 juillet 2005, B.6.3. En raison de l'absence d'une telle coopération, la Cour conclut dans cette espèce à l'annulation de l'article 18 du décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004 modifiant certaines dispositions des décrets relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995, et certaines autres dispositions relatives à la radiodiffusion et à la télévision.

<sup>836</sup> C. const., 8 novembre 2006, n° 163/2006, B.9.1.

<sup>837</sup> *Ibid.*, B.4 et B.10. La Cour annula dans ce cas les articles 81 à 83 et 90 à 98 du décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, relatifs respectivement à la réglementation applicable aux « opérateurs de réseau » et aux « distributeurs de services » qui ont d'après la Cour « une portée générale et s'appliquent à l'infrastructure et aux services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part » (B.8).

<sup>838</sup> L'article 98 du décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, concernant précisément la question des droits de passage, faisait en effet partie des dispositions annulées par la Cour pour absence de coordination dans l'arrêt n° 163/2006 précité.

<sup>839</sup> C. const., 22 novembre 2006, n° 172/2006.

la gratuité fédérales. Le Conseil d'État, confronté à la contestation d'un arrêté d'exécution de ce décret, décida de soumettre une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage<sup>840</sup>.

La Cour jugea que les Régions pouvaient soumettre l'usage privatif de leur domaine public par des opérateurs de réseaux publics de télécommunications à une autorisation. Pour ce qui concerne l'obligation de demander et obtenir cette autorisation, la Cour conclut que les compétences en matière de télécommunications (niveau fédéral) et de voirie publique (niveau régional) peuvent être exercées parallèlement pour autant qu'elles soient exercées de manière proportionnelle, c'est-à-dire en s'abstenant de prendre des mesures qui rendent impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences de l'autre niveau de pouvoir<sup>841</sup>. Les Régions sont donc bien en droit d'exiger des autorisations aux opérateurs de télécommunications autres que l'autorisation d'office fédérale, pour autant que les conditions auxquelles elles sont soumises respectent le principe de proportionnalité. L'application du principe de proportionnalité ne débouche donc en l'occurrence pas sur une obligation de coopération entre État fédéral et les Régions.

### 3° Quant à la répartition des compétences en matière de gestion des fréquences

253. Dans un arrêt du 24 juin 2003, la Cour rappelle que la compétence des Communautés en matière de radiodiffusion permet aux Communautés de régler les aspects techniques des émissions de radio et de télévision en tant qu'ils sont un accessoire de la matière de la radiodiffusion et de la télévision et que cette compétence emporte aussi celle d'attribuer les fréquences, dans le respect des normes techniques qui sont du ressort de l'autorité fédérale.

Il revient en effet à cette dernière d'assurer la police générale des ondes radioélectriques, afin de « permettre l'intégration de chacune des ondes radioélectriques dans le réseau de toutes celles qui sont émises sur le territoire national et afin d'éviter les perturbations mutuelles ». Cette mission inclut la compétence « d'élaborer les normes techniques relatives, et à l'attribution des fréquences, et à la puissance des émetteurs, qui doivent rester communes pour l'ensemble des radiocommunications, quelle que soit leur destination, ainsi que la compétence d'organiser un contrôle technique et d'assurer par la voie répressive le respect desdites normes »<sup>842</sup>.

Cette affaire portait sur un recours en annulation introduit par la Communauté flamande à l'encontre d'un décret de la Communauté française. Ce décret fixait notamment le cadastre des fréquences attribuables en Communauté française aux services privés de radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande FM et les modalités selon lesquelles le gouvernement de cette communauté pouvait modifier cette liste. Les deux moyens invoqués à l'appui de ce recours furent rejetés.

<sup>840</sup> Voy. C.E., 29 novembre 2005, *État belge c. Région flamande*, n° 151.824.

<sup>841</sup> C. const., 22 novembre 2006, précité, B.12 à B.14. Pour ce qui concerne la gratuité de l'utilisation, cette proclamation du législateur fédéral peut se fonder sur sa compétence d'exception fiscale. Le pouvoir fédéral a ainsi valablement, selon la Cour, exclu qu'un quelconque législateur belge établisse un impôt en la matière. Néanmoins ce pouvoir d'exception vise uniquement les impôts et non les rétributions. La Région est dès lors libre de fixer des rétributions en la matière, encore une fois tant qu'elles ne rendent pas impossible l'exercice par un autre pouvoir de sa compétence (B.16 à B.29).

<sup>842</sup> C. const., 24 juin 2003, précité, B.7.2. La Cour rappelle ici la portée de cette compétence, comme définie dans ses arrêts (précités) 7/90 et 1/91.

254. Le premier moyen invoqué concernait la violation des règles répartitrices de compétences (matérielles) entre État fédéral et Communautés<sup>843</sup>. À cet égard, la Cour estima que le décret attaqué confiait au Gouvernement de la Communauté française le soin d'arrêter les modalités selon lesquelles la liste des fréquences visée pouvait être modifiée et que cette disposition devait être interprétée comme n'autorisant pas ce gouvernement à violer les règles répartitrices de compétences lorsqu'il exerce ce pouvoir.

Concernant le respect du principe de proportionnalité, la Cour rappela que «l'exercice de la compétence communautaire en matière de radiodiffusion et de télévision doit être réglé de façon telle qu'il ne porte atteinte ni à la compétence fédérale en matière de police générale des ondes radioélectriques, ni à la compétence des autres communautés» et que les Communautés doivent ainsi notamment veiller à «ne pas rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences des autres autorités précitées». La Cour n'aperçut toutefois pas en quoi les dispositions attaquées empêcheraient la Communauté flamande d'exercer ses compétences en matière de radiodiffusion et de télévision, ni en quoi l'exercice de ces compétences serait rendu exagérément difficile, d'autant que ce litige portait sur huit fréquences seulement, ce qui représente à peine 1,1 % du nombre total des fréquences à attribuer.

Ceci étant, la Cour constata dans cette jurisprudence la «nécessité de pourvoir à une coordination entre l'État fédéral et les Communautés en matière d'attribution des fréquences en cause, et ce tant au niveau national qu'au niveau international». Si cette coordination n'est rendue obligatoire ni par la Constitution, ni par les lois de réformes institutionnelles, «il appartient aux autorités exerçant des compétences complémentaires d'apprécier l'opportunité de faire usage de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles».

255. Dans un second moyen était dénoncé un excès de compétence territoriale<sup>844</sup> en ce que les dispositions attaquées «attribuent unilatéralement des fréquences radio aux émetteurs de la Communauté française ou aux émetteurs qui opèrent depuis le territoire de cette Communauté, de sorte que les émetteurs concernés émettront nécessairement en dehors du territoire de la Communauté française».

Après avoir rappelé que l'article 127, § 2, de la Constitution a déterminé une répartition exclusive de compétence territoriale, ce qui suppose que l'objet de toute norme adoptée par un législateur communautaire puisse être localisé dans le territoire pour lequel il est compétent, la Cour estima que la liste des fréquences visée dans le décret attaqué constituait le cadastre des fréquences «attribuables en Communauté française» et que, «compte tenu de la sphère de compétence matérielle dans le domaine de la radiodiffusion et de la télévision, ce critère permet de localiser adéquatement le régime décréteil dans la sphère de compétence territoriale de la Communauté française».

La Cour ajouta enfin qu'il «résulte de la nature même de la matière de la radiodiffusion qu'une réglementation dans ce domaine peut avoir des effets extraterritoriaux» et qu'elle n'apercevait pas en quoi les dispositions attaquées auraient des effets qui aboutiraient à contrecarrer la politique de la Communauté flamande.

<sup>843</sup> *Ibid.*, B.7.2 à B.10.

<sup>844</sup> *Ibid.*, B.12 à B.15.



256. La Cour eut également l'occasion dans cet arrêt de préciser que l'exigence de « demande de coordination » des plans de fréquences et de leur modification, prescrite par l'arrêté royal précité du 10 janvier 1992, n'est pas une règle déterminant les compétences respectives de l'État fédéral, des Communautés et des Régions et qu'elle n'était dès lors pas compétente pour contrôler les dispositions attaquées au regard de cet arrêté<sup>845</sup>.

*b. Répartition des compétences mise en œuvre par la cour d'appel de Bruxelles*

257. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle précitée trouve très logiquement un écho dans les recours portés devant la cour d'appel de Bruxelles contre les décisions de l'I.B.P.T. La question posée à ce niveau est de savoir si et quand l'I.B.P.T. doit coopérer avec ses homologues belges régulateurs des communications électroniques avant d'adopter une décision.

Le premier arrêt d'annulation sur cette base fut rendu le 12 novembre 2008<sup>846</sup>. Dans cette affaire, l'I.B.P.T. obligeait Belgacom d'offrir sur son réseau aux opérateurs alternatifs une variante de la technologie ADSL2+. La variante retenue augmente le débit ascendant de l'utilisateur (*upload capacity*) mais provoque une dégradation du débit descendant (*download capacity*). L'I.B.P.T. a adopté sa décision en estimant notamment que ladite dégradation n'est pas suffisamment importante que pour proscrire totalement la variante retenue. Cette décision fut adoptée sans coopération préalable avec les régulateurs communautaires. La Cour a tout d'abord rappelé que l'I.B.P.T. ne peut agir unilatéralement lorsque les régulateurs des Communautés sont également compétents et qu'il doit attendre un accord exécutoire au sujet de la mise en œuvre d'une coopération. Or, l'audiovisuel, compétence des Communautés, relève du débit descendant dont la dégradation est discutée. L'utilisation de la variante pourrait également constituer une alternative pour l'offre de services *triple play* par le câble. Dès lors cette variante concerne au moins un aspect de l'utilisation du réseau de Belgacom qui relève de l'audiovisuel. L'I.B.P.T. aurait donc dû coopérer avant de prendre sa décision. En outre, la Cour estime que cette obligation de coopération dessinée par la Cour constitutionnelle n'est jamais qu'une application de la directive « cadre » qui impose aux régulateurs d'un État de coopérer entre eux. Cette coopération était donc nécessaire même en l'absence d'accord formel prévoyant cette coopération.

258. Un arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2007<sup>847</sup> estimait que pour dire si l'I.B.P.T. était ou non compétent pour prendre seul la décision attaquée, il convenait de vérifier si elle concerne l'infrastructure et les services communs et s'il existe un risque de dispositions contradictoires. Cela n'est pas le cas, selon l'arrêt, de la décision régulant l'accès au réseau téléphonique (bas débit) puisqu'aucune radiodif-

<sup>845</sup> *Ibid.*, B.3.4. Si cet arrêté existe toujours formellement dans l'ordonnement juridique, notons que le Conseil d'État a jugé qu'il ne pouvait plus être appliqué depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (L.C.E.) cependant dans la mesure où cette dernière a abrogé la base légale de cet arrêté (qui se trouvait dans la loi du 30 juillet 1979) et n'offre aucun fondement de substitution suffisant. L'article 17 de la L.C.E. prévoit en effet que la coordination des radiofréquences en matière de radiodiffusion doit dorénavant faire l'objet d'un accord de coopération entre État fédéral et Communautés. Un mécanisme multilatéral s'est ainsi substitué à l'intervention unilatérale du Roi et à la procédure de coordination qui était prévue dans l'arrêté royal du 10 janvier 1992 (C.E., 29 septembre 2008, n° 186.554, *Bfm Plus c. CSA*, p. 18). L'interprétation ainsi que la compatibilité de cette dernière disposition avec les règles de répartition des compétences font elles-mêmes l'objet d'une question préjudicielle actuellement pendante devant le Cour (n° de rôle 4445).

<sup>846</sup> Bruxelles, 12 novembre 2008, R.G. n° 2006/AR/2484, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), points 21 et 24-27.

<sup>847</sup> Bruxelles, 1<sup>er</sup> juin 2007, R.G. n° 2006/AR/2154, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), points 5, 8, 9 et 11.

fusion (définie par l'arrêt comme une transmission en temps réel d'un programme) n'est possible via un accès à bas débit. Dans une affaire un peu antérieure<sup>848</sup>, la cour d'appel avait estimé que l'I.B.P.T. n'outrepassait pas ses compétences puisque même si l'équipement faisant l'objet de la décision de l'I.B.P.T. permettait à la fois un accès au service internet et à la TV numérique, il n'était pas prouvé que le premier serait susceptible d'affecter le second ou, à tout le moins, d'en diminuer les performances, mettant ainsi en péril le service que Belgacom offre à ses propres clients.

## **2. Étendue de la matière couverte par la compétence de la cour d'appel de Bruxelles**

259. La compétence de la cour d'appel de Bruxelles de trancher les contestations des décisions de l'I.B.P.T. est neuve (loi « I.B.P.T.-recours » du 17 janvier 2003<sup>849</sup>). Des questions se sont dès lors inévitablement posées quant à l'étendue de la matière couverte par cette compétence.

Le dernier arrêt de la cour d'appel de Bruxelles à avoir notablement abordé la question est l'arrêt du 2 février 2007<sup>850</sup>. Dans cette affaire, BASE se plaignait que l'I.B.P.T. ne lui donne pas accès à l'intégralité (historique et avenants compris) des contrats d'interconnexion<sup>851</sup> conclus entre Belgacom et Belgacom Mobile et entre Belgacom et Mobistar. Cette plainte se fondait notamment sur la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration. Selon l'I.B.P.T., la plainte fondée sur la loi du 11 avril 1994 devait être portée devant le Conseil d'État, conformément à l'article 8, § 2, de ladite loi. La cour d'appel a néanmoins jugé que, même en invoquant le mécanisme instauré par la loi du 11 avril 1994, la décision prise par le Conseil de l'I.B.P.T. s'inscrivait dans le cadre d'une demande formée en matière de télécommunications. Dès lors c'est le régime général de compétence de la cour d'appel instauré par la loi « I.B.P.T.-recours » qui est d'application, la compétence du Conseil d'État s'effaçant devant la volonté du législateur de confier les litiges en matière de télécommunications à la cour d'appel de Bruxelles<sup>852</sup>.

260. Cette compétence exclusive ne connaît aucune exception. La solution est dès lors la même lorsque la contestation vise une décision de l'I.B.P.T. octroyant un marché public en matière de télécommunication suivant lequel l'expert doit prendre connaissance des modèles de coûts déjà élaborés par les opérateurs, développer un modèle et proposer un mécanisme adéquat de régulation future des charges de terminaison<sup>853</sup>.

Il importe peu que la décision contestée consiste en une mesure générale et abstraite ou en une décision particulière, ou encore en mesure à titre provisoire ou définitif. Le recours devant la cour d'appel de Bruxelles est ouvert contre toute décision de l'I.B.P.T., quelle que soit sa nature, susceptible d'affecter les intérêts des utilisateurs ou ceux des opérateurs<sup>854</sup>.

<sup>848</sup> Bruxelles, 11 mai 2007, R.G. n° 2004/AR/3048, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 20.

<sup>849</sup> Loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, *M.B.*, 24 janvier 2003.

<sup>850</sup> Bruxelles, 2 février 2007, R.G. n° 2005/AR/1152, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

<sup>851</sup> L'interconnexion est la liaison physique et logique entre des réseaux publics de communications électroniques. Une telle liaison est habituellement contractualisée et monnayée.

<sup>852</sup> Voy. également en matière d'accès à des documents, Bruxelles, 25 octobre 2005, R.G. n° 2004/AR/668, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 29.

<sup>853</sup> Bruxelles, 16 juin 2006, R.G. n° 2005/AR/707 et 2005/AR/756, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), points 8-9.

<sup>854</sup> Bruxelles, 14 octobre 2004, R.G. n° 2003/AR/2463, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 23 ; Bruxelles, 15 février 2005, R.G. n° 2005/AR/296, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 17.

De même, les contestations des décisions du Conseil de l'I.B.P.T. prises en tant que gestionnaire du fonds pour le service universel en matière de tarifs sociaux – fonds qui a une personnalité propre – doivent à première vue être portées devant la cour d'appel de Bruxelles<sup>855</sup>.

Par contre, les litiges entre l'I.B.P.T. et son personnel demeurent du ressort du Conseil d'État. Un tel litige n'a en effet rien d'un litige en matière de télécommunications. La nouvelle compétence de la cour d'appel de Bruxelles ne s'étend donc pas aux litiges entre l'I.B.P.T. et son personnel<sup>856</sup>.

### 3. Portée de la compétence de pleine juridiction de la cour d'appel de Bruxelles

261. Comme pour d'autres secteurs régulés, la jurisprudence de la cour d'appel de Bruxelles a été amenée à circonscrire la portée de sa compétence dite « de pleine juridiction » lors de contestations des décisions de l'I.B.P.T.

Dans l'affaire 2004/AR/174, Belgacom faisait valoir une série de griefs à l'encontre d'une décision de l'I.B.P.T. concernant l'offre de référence<sup>857</sup> dite « BRUO 2004 » de Belgacom. L'I.B.P.T. se défendait en estimant le recours non fondé dans son ensemble parce que Belgacom ne produisait pas d'éléments précis et concrets permettant à la Cour d'exercer son pouvoir de pleine juridiction – de substituer sa décision à celle de l'I.B.P.T. Cela donna l'occasion à la Cour de préciser sa position en la matière. Elle rétorqua qu'il lui revient de déterminer elle-même, pour chacun des griefs pris séparément, si elle doit se limiter à un contrôle de la légalité de la décision attaquée ou si elle est habilitée à substituer son appréciation à celle de l'I.B.P.T. Lorsqu'un régulateur dispose d'une liberté d'appréciation pour la mise en œuvre d'une disposition, la Cour ne saurait substituer son appréciation à celle du régulateur mais doit se limiter à examiner si le régulateur n'a pas commis une erreur manifeste ou un détournement de pouvoir. La latitude de juridiction dont dispose la Cour dépend donc de la liberté d'appréciation laissée à l'I.B.P.T. par la disposition visée<sup>858</sup>.

262. Dès son premier arrêt concernant un recours contre une décision de l'I.B.P.T., la cour d'appel de Bruxelles avait marqué sa réticence quant au pouvoir de pleine juridiction qui lui est dévolu. Tout en reconnaissant que le législateur a entendu reconnaître à la Cour le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision de l'I.B.P.T., elle relève néanmoins que la portée de ce pouvoir connaît des limites importantes. L'exercice de ce pouvoir exige que la Cour puisse substituer sa décision à l'acte attaqué sur la base des éléments versés au dossier sans heurter le principe de la séparation des pouvoirs en privant l'I.B.P.T. de son pouvoir d'appréciation, ni méconnaître les dispositions des directives européennes qui édictent des obligations d'information et de coopération non équivoques à la charge des autorités qui entendent imposer des obligations. Dès lors qu'il s'agit d'exercer une appréciation « subjective », la Cour se refuse à se substituer à l'I.B.P.T.<sup>859</sup>.

<sup>855</sup> C.E., 11 juin 2007, *n.v. Mobistar*, n° 172.074, point 2.5.

<sup>856</sup> C. const., 14 juillet 2004, précité, point B.5.

<sup>857</sup> L'offre de référence constitue une base publique de négociation publiée par Belgacom pour l'offre de ses services de gros aux autres opérateurs. Cette offre de référence est contrôlée par l'I.B.P.T. BRUO est l'acronyme de « *Belgacom Reference Unbundling Offer* ».

<sup>858</sup> Bruxelles, 12 mai 2006, R.G. n° 2004/AR/174, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 15.

<sup>859</sup> Bruxelles, 18 juin 2004, R.G. n° 2003/AR/2249, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), points 49 et 64; Bruxelles, 30 juin 2006, R.G. n° 2003/AR/2474, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), points 55-56; Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 23 mars 2007, R.G. n° 2004/AR/3047, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 4.

En outre, la cour d'appel estime que le législateur national n'a pas entendu lui confier, par le biais d'un pouvoir de pleine juridiction, un pouvoir réglementaire. En conséquence, le pouvoir de réformer un acte réglementaire en lui substituant d'autres dispositions ne saurait entrer dans les attributions de la Cour<sup>860</sup>.

Par contre, lorsqu'il ressort du dossier (en matière d'accès à des documents) qu'en tout état de cause une solution précise contraire à celle retenue par l'I.B.P.T. doit être retenue, indépendamment de la marge d'appréciation de l'I.B.P.T., la Cour est en mesure de dire pour droit que cette nouvelle solution est retenue<sup>861</sup>. Dans un même sens, les explications que donne l'I.B.P.T. dans le cadre d'une procédure pour justifier sa décision ne sauraient être écartées puisque la Cour peut substituer ses motifs à ceux de la décision attaquée<sup>862</sup>.

#### **4. Intérêt à agir devant la cour d'appel de Bruxelles d'un non-destinataire d'une décision de l'I.B.P.T.**

263. En règle, ce sont principalement les destinataires d'une décision administrative qui ont un intérêt à agir contre une telle décision. En matière de décisions de l'I.B.P.T. imposant le contenu d'offres dites « offres de référence »<sup>863</sup>, une telle règle implique que les opérateurs non puissants à qui la décision n'est par hypothèse pas adressée ne sont *a priori* pas en droit d'en demander l'annulation, à moins d'être concernés d'une façon directe et individuelle par la décision. Pour les non-destinataires, il faut autrement dit que certaines qualités leur soient particulières ou qu'une situation de fait les caractérise par rapport à une autre personne et les individualise d'une manière analogue à un destinataire.

Selon un arrêt du 14 décembre 2006, un opérateur alternatif ne bénéficie pas d'une telle individualisation du seul fait qu'il a conclu un contrat d'accès avec l'opérateur puissant, s'agissant d'une activité commerciale pouvant être exercée par n'importe quelle entreprise à tout moment. C'est ainsi que plusieurs arrêts interprètent l'exigence d'affectation, énoncée dans l'article 4 de la directive « cadre », qui conditionne le droit à un recours<sup>864</sup>. Cette jurisprudence ajoute d'ailleurs que l'offre de référence publiée ne se substitue pas à la volonté des parties. La décision de l'I.B.P.T. n'a pas d'effets juridiques obligatoires à l'égard des entreprises titulaires d'un droit subjectif à l'accès et ne fait pas naître de droits subjectifs dans le chef de ces entreprises<sup>865</sup>.

264. L'arrêt *Tele2* de la Cour de justice du 21 février 2008<sup>866</sup> est cependant venu renverser cette interprétation. La cour d'appel a repris cette jurisprudence à son compte et jugé que l'opérateur non puissant et non destinataire peut aussi être considéré comme affecté par une telle décision

<sup>860</sup> Bruxelles, 14 octobre 2004, R.G. n° 2003/AR/2463, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 49.

<sup>861</sup> Bruxelles, 25 octobre 2005, R.G. n° 2004/AR/668, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), points 45-49.

<sup>862</sup> Bruxelles, 27 juin 2008, R.G. n° 2006/AR/468, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 42.

<sup>863</sup> L'offre de référence constitue une base publique de négociation publiée par l'opérateur puissant pour l'offre de ses services de gros aux autres opérateurs. Cette offre de référence est contrôlée par l'I.B.P.T. qui peut décider qu'elle doit être modifiée.

<sup>864</sup> Bruxelles, 14 décembre 2006, R.G. n° 2004/AR/3047 et 2004/AR/3048, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 9; Bruxelles, 9 décembre 2005, R.G. n° 2004/AR/174, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), points 24-25; Bruxelles, 16 juin 2006, R.G. n° 2005/AR/707 et 2005/AR/756, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 11; Bruxelles, 22 juin 2006, R.G. n° 2005/AR/3300, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 5; Bruxelles, 21 juin 2007, R.G. n° 2005/AR/2331, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), points 4-11.

<sup>865</sup> Bruxelles, 9 décembre 2005, R.G. n° 2004/AR/174, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), points 26-27.

<sup>866</sup> Voy. *supra*, paragraphe 234.

et donc en droit d'introduire un recours contre elle. La Cour estime désormais que les obligations spécifiques qui sont imposées aux entreprises puissantes sur le marché, telles des obligations relatives aux prix de leurs services sur le marché de gros, constituent précisément des mesures protectrices prévues dans l'intérêt des concurrents et sont donc susceptibles de conférer à ceux-ci des droits. Un bénéficiaire direct des règles communautaires destinées à promouvoir la concurrence dans le domaine des télécommunications et des dispositions de droit national qui les transposent, a donc qualité pour former un recours contre la décision qui modifie sa situation juridique<sup>867</sup>.

### **5. Conditions pour obtenir la suspension d'une décision de l'I.B.P.T.**

265. L'article 2 de la loi «I.B.P.T.-recours» prévoit qu'un recours contre une décision de l'I.B.P.T. devant la cour d'appel n'est en principe pas suspensif. Cependant la suspension peut en être demandée à cette même cour. Les conditions d'une suspension ne sont pas plus amplement précisées et ont donc donné lieu à des enseignements jurisprudentiels.

Dans l'affaire dite «marché 16bis», BASE se plaignait des nouveaux tarifs de terminaison mobile<sup>868</sup> fixés par l'I.B.P.T. Dans l'attente de l'annulation postulée, BASE en demandait également la suspension. Afin de déterminer les conditions d'une suspension, l'arrêt s'en réfère à la «nature» de la mesure de suspension. Il en déduit que le sursis à exécution d'une décision de l'I.B.P.T. est subordonné à l'existence de conditions établissant l'urgence et de moyens sérieux justifiant à première vue l'octroi d'une telle mesure. Il faut également un préjudice grave («sérieux et immédiat»). C'est le cas puisque selon l'arrêt (i) la décision a une incidence directe sur les rapports contractuels existants ou pouvant exister, (ii) la décision a une incidence sur les rapports entre BASE et ses clients et (iii) la décision est de nature à conférer à Belgacom Mobile un avantage concurrentiel supplémentaire. En outre, les effets de ce préjudice ne peuvent être compensés par une perspective d'indemnité future. L'arrêt relève à cet égard que la décision constitue un frein au développement de la concurrence, produit des effets multiples à différentes niveaux qui se cumulent et qui sont susceptibles de s'aggraver avec le temps en entraînant un effet d'éviction. Pour cette raison la balance des intérêts également penche en faveur de la suspension<sup>869</sup>. Cependant, le sursis à l'exécution ne peut être accordé que s'il ne préjuge pas de la décision au fond et ne neutralise pas par avance les conséquences de la décision à rendre ultérieurement sur le fond. Il faut également que l'annulation au fond ne permette pas de renverser la situation créée<sup>870</sup>.

266. La suspension peut du reste aussi être demandée à l'égard d'une décision provisoire de l'I.B.P.T.<sup>871</sup>. La cour d'appel a également jugé que la loi «I.B.P.T.-recours» ne lui donne pas la compétence d'adopter, à l'occasion d'un tel recours, d'autres mesures provisoires que le sursis à l'exécution de la décision litigieuse<sup>872</sup>. La suspension dans le cadre de la loi «I.B.P.T.-recours» est soumise

<sup>867</sup> Bruxelles, 4 avril 2008, R.G. n° 2007/AR/3394, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 8; voy. aussi Bruxelles, 12 novembre 2008, R.G. n° 2006/AR/2484, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 23.

<sup>868</sup> Il s'agit du tarif de gros qu'un premier opérateur paie à un second pour pouvoir faire aboutir l'appel d'un client du premier sur le réseau du second.

<sup>869</sup> Bruxelles, 4 avril 2008, R.G. n° 2007/AR/3394, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), points 25-27.

<sup>870</sup> Bruxelles, 18 mars 2005, R.G. n° 2005/AR/588, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 8.

<sup>871</sup> Bruxelles, 15 février 2005, R.G. n° 2005/AR/296, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 17.

<sup>872</sup> Bruxelles, 18 mars 2005, R.G. n° 2005/AR/588, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), point 13.

à un régime dérogatoire. Une telle suspension ne peut être poursuivie que sur la base de cette loi<sup>873</sup>.

## VII. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ : QUESTIONS DE CONFLITS DE JURIDICTIONS

Bertel De GROOTE<sup>874</sup>

267. En matière de droit international privé, si d'importantes évolutions législatives – notamment au niveau européen – ont été adoptées ces dernières années, relativement peu de décisions ont en revanche été publiées. Parmi les rares décisions prononcées, peu couvrent la compétence ou la détermination du droit applicable en matière contractuelle, alors que, sur le plan législatif, les efforts pour aligner le droit international privé à l'internet se sont plutôt concentrés sur les relations contractuelles avec des consommateurs.

La plupart des décisions concernent l'article 5, 3°, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>875</sup>.

Le premier alinéa de l'article 2 dispose que, sous réserve des dispositions du règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. Les « compétences spéciales » permettent, selon l'article 5, d'attirer une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre, dans un autre État membre.

Les « compétences spéciales » sont caractérisées par des hypothèses particulières : le défendeur peut être assigné hors de l'État membre dans lequel il a son domicile, devant le tribunal du territoire avec lequel le litige, en raison de ses caractéristiques, présente un lien assez déterminant. L'article 5 contient alors, en vue de la détermination du tribunal compétent (international), des règles de rattachement spécifiques, exprimant une connexion assez prépondérante entre le litige et le défendeur pour pouvoir y rattacher un for alternatif au *forum rei*. Plus spécifiquement, l'article 5, 3° permet, en matières délictuelles ou quasi délictuelles, d'attirer le défendeur devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Le lien entre le litige et le lieu du dommage justifie d'attirer le défendeur devant un juge hors du territoire de l'État membre dans lequel il est domicilié. Le lien de rattachement contribue alors à la prévisibilité du for, puisqu'il rend le for raisonnable.

268. Une application stricte des règles de compétence spéciale a été effectuée dans une récente décision en référé du tribunal civil de Liège<sup>876</sup>. Le tribunal, fondant sa compétence sur l'article 5, 3° du règlement Bruxelles I, considère que, s'agissant d'un litige relevant de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, *le lieu de diffusion ou de publication* permet de fonder la compétence internationale de chaque juge de chaque État atteint par la diffusion dans le ressort duquel celle-ci est

<sup>873</sup> Bruxelles, 23 décembre 2008, R.G. n° 2008/AR/2877, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), p. 6.

<sup>874</sup> Professeur à la Hogeschool Gent, lié à l'Universiteit Gent, collaborateur à l'Université de Liège.

<sup>875</sup> J.O. L 12, 16 janvier 2001, 1-23.

<sup>876</sup> Civ. Liège (réf.), 28 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1015.